

Свободная трибуна



Всеволод Владимирович Байбак

доцент кафедры гражданского права
юридического факультета СПбГУ,
кандидат юридических наук

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора кредитор может совершить заменяющую сделку и потребовать возмещения убытков в виде разницы между ценами двух сделок. Если же заменяющая сделка не совершена, то убытки могут быть рассчитаны абстрактно, т. е. исходя из рыночных цен. Такой метод планируется закрепить в результате реформирования гражданского законодательства. Автор исследует вопросы условий и пределов применения этого метода.

Ключевые слова: убытки, абстрактный метод, ответственность

Абстрактный метод исчисления убытков

Понятие абстрактного метода исчисления убытков

Предстоящая реформа российского гражданского законодательства, представленная первоначально в проекте Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России (далее — Концепция)¹, а впоследствии и в проекте закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — Проект)², высветила многие проблемные вопросы действующего Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ), неоднократно привлекавшие внимание

¹ Проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России // Приложение к ежемесячному юридическому журналу «Хозяйство и право». 2009. № 3.

² Поскольку в настоящей статье речь пойдет о реформировании положений, посвященных договорной ответственности, мы имеем в виду в первую очередь проект изменений в раздел III ГК РФ (URL: http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=100).

как научной общественности, так и практикующих юристов. Не стала исключением и глава 25 ГК РФ. В Проекте содержатся весьма важные и целесообразные положения, необходимость введения которых назрела давно. Настоящая статья посвящена одному из широко известных институтов обязательственного права — абстрактному методу исчисления убытков, который также нашел отражение и в Концепции, и в Проекте.

Прежде всего определимся с терминологией. Под абстрактным методом исчисления убытков в доктрине гражданского права принято понимать способ расчета, основанный на предполагаемых убытках, которые возникают у любой потерпевшей стороны, безотносительно к особенностям конкретного нарушения. Например, убытки, рассчитываемые на основе разницы между ценой нарушенного договора и текущей или рыночной ценой³. Антитезой абстрактного метода является конкретный способ расчета убытков, который применяется исходя из конкретных обстоятельств нарушения договора, в частности разницы между ценой нарушенного договора и ценой договора, заключенного взамен нарушенного (так называемой заменяющей сделки)⁴.

Иллюстрацией к абстрактному методу исчисления убытков в действующем законодательстве может послужить ст. 524 ГК РФ: *«Если после расторжения договора по основаниям, предусмотренным пунктами 1 и 2 настоящей статьи, не совершена сделка взамен расторгнутого договора и на данный товар имеется текущая цена, сторона может предъявить требование о возмещении убытков в виде разницы между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора»*. Вместе с тем в отечественной литературе неоднократно отмечалось, что значение правил, зафиксированных в ст. 524 ГК РФ, выходит далеко за пределы отношений поставки, и они должны использоваться при расторжении большинства гражданско-правовых договоров⁵. В Проекте предполагается придать абстрактному методу исчисления убытков общее значение. В связи с этим в главу 25 ГК РФ должна быть включена новая ст. 393.1 со следующими правилами: *«Если кредитор не совершил заменяющей сделки (пункт 1 настоящей статьи), но в отношении предусмотренного прекращенным договором исполнения имеется текущая цена на сопоставимые товары, работы или услуги, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и текущей ценой»*.

Текущей ценой признается цена, взимаемая в момент прекращения договора за сопоставимые товары, работы или услуги в месте, где должен был быть исполнен договор, а при отсутствии текущей цены в указанном месте — цена, применявшаяся в другом месте, которая может служить разумной заменой с учетом транспортных и иных дополнительных расходов».

³ См., напр.: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. *Общее учение об обязательстве*. М., 1950. С. 376; Комаров А.С. *Ответственность в коммерческом обороте*. М., 1991. С. 120–121; Treitel G.H. *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*. Oxford, 1988. P. 111–112.

⁴ См., напр.: Комаров А.С. *Указ. соч.* С. 119–120; Treitel G.H. *Op. cit.* P. 111–112.

⁵ См., напр.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга первая: Общие положения*. 2-е изд. М., 2005. С. 655 (автор главы — В.В. Витрянский).

Близкие по смыслу положения об исчислении убытков абстрактным способом закреплены в наиболее заметных международных актах⁶. В разной степени абстрактный метод воспринят и в различных зарубежных правовых системах.

Наиболее подробно он разработан в английском праве. Это неслучайно, поскольку именно английскому праву мы в первую очередь обязаны появлением этого метода в цивилистическом арсенале⁷. Исчисление убытков абстрактным методом в английской правовой доктрине обычно объясняется тем, что в случае нарушения контракта на кредиторе лежит обязанность принять разумные меры по уменьшению неблагоприятных последствий (*duty to mitigate*). Если благо, которое должник был обязан предоставить кредитору, доступно на рынке, то можно предположить, что в целях уменьшения убытков кредитор приобретет его на рыночных условиях. В таком случае минимальный размер убытков составит разницу между рыночной и контрактной ценой. Таким образом, абстрактные убытки представляют собой предполагаемый результат, который мог быть достигнут, если бы кредитор принял разумные меры по уменьшению убытков⁸.

Такой подход был воспринят и в американском праве. Так, по мнению Т. Седжвика, практически во всех случаях, когда убытки подлежат возмещению, размер компенсации предполагает исследование вопроса о ценности (*value*)⁹. Когда при рассмотрении этого вопроса имеется рыночная цена, отсылка к ней является лучшим доказательством ценности¹⁰. Развивая эту мысль, другой авторитетный американский исследователь Ч.Т. Маккормик указывает, что при нарушении договора право обычно ориентируется только на материальный интерес. В связи с этим оно стремится, насколько это возможно, путем предоставления денежной компенсации поставить потерпевшего в такое положение, в котором он находился бы, если бы правонарушения не произошло. В таких случаях при определении размера убытков

⁶ См., напр., ст. 76 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 г., далее — Венская конвенция), ст. 7.4.6 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 г. (далее — Принципы УНИДРУА), п. III 3:707 Проекта Общей справочной системы (*Draft common frame of reference*). Здесь и далее приводится по: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Outline Edition / ed. by Ch. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll. Munich, 2009. Далее — ПОСС*; *The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies / prep. by the Commission on European Contract law; ed. by O. Lando and H. Beale. Dordrecht, Boston, London, 1995. P. 211.*

⁷ Вместе с тем в литературе высказывается мнение о том, что зачатки абстрактного метода исчисления убытков можно обнаружить еще в римском праве, которое при определении потерь кредитора преимущественно ориентировалось на истинную цену предмета (*verum pretium*). Более того, в спорах о возмещении убытков зачастую фигурировала рыночная цена или сумма, которую можно было выручить при продаже имущества (*quanti venire potest*). См., напр.: *McCormick C. T. Handbook on the Law of Damages. St. Paul, Minn., 1935. P. 159–160.*

⁸ См.: *Treitel G.H. Op. cit. P. 117; Burrows A. Remedies for Torts and Breach of Contract. London, 1987. P. 97; Ogus A.I. The Law of Damages. London, 1973. P. 322.*

⁹ Несмотря на то, что автор не уточняет, о какой ценности идет речь, наиболее вероятно, что имеется в виду ценность договорного интереса (*contract expectation*), т. е. того, что должно было быть получено в результате надлежащего исполнения договора.

¹⁰ *Sedgwick T. A Treatise on the Measure of Damages or Inquiry into the Principles Which Govern the Amount of Pecuniary Compensation Awarded by Courts of Justice / rev. by A.G. Sedgwick and J.H. Beale. Ninth ed. Vol. 1. New York, 1920. P. 489–491.*

право принимает в расчет денежную сумму, которую можно было бы получить за товар на открытом рынке в тот момент и в том месте, когда и где истец претерпел имущественное лишение¹¹. Таким образом, исчисление убытков на основе рыночной цены в американском праве представляется наиболее адекватным механизмом, позволяющим выполнить функцию договорной ответственности.

Во Франции абстрактный метод не нашел непосредственного закрепления в законодательстве. Его применение в значительной степени зависит от усмотрения суда, который определяет, насколько исходя из обстоятельств конкретного дела разница в контрактной и рыночной цене адекватно отражает потери истца. Вместе с тем, по признанию многих исследователей, в практике рассмотрения коммерческих споров абстрактный метод исчисления убытков имеет превалирующее значение¹².

В германском законодательстве абстрактный метод исчисления убытков прямо предусмотрен только для коммерческих договоров купли-продажи с определенным сроком исполнения (п. 2 § 376 Торгового уложения Германии). Однако в судебной практике абстрактный метод применяется и в иных торговых сделках¹³.

Итак, абстрактный метод исчисления убытков в той или иной мере можно обнаружить почти во всех заметных источниках. Это неудивительно, если учитывать преимущества, связанные с его применением. Как известно, одним из основных препятствий к полноценному использованию возмещения убытков как способа защиты гражданских прав является сложность в их доказывании¹⁴. Абстрактный метод исчисления убытков относится к эффективным средствам решения этой проблемы. Например, как отмечает П. Шлехтрием, правило об использовании рыночной цены предоставляет потерпевшей стороне особенно ощутимые преимущества в трансграничных сделках, поскольку освобождает ее от необходимости доказывать конкретные убытки и от рисков, связанных с различиями в национальных процессуальных нормах о предоставлении и оценке доказательств, например, того, кто занимается выяснением обстоятельств (присяжные или судья), или какая степень вероятности должна свидетельствовать о полной доказанности — разумная или определенная на 99%, или может ли судья по своему усмотрению оценить убытки потерпевшей стороны, как это предусмотрено § 287 Гражданского процессуального кодекса Германии¹⁵. В литературе выделяются и такие достоин-

¹¹ McCormick C.T. *Op. cit.* P. 165.

¹² См.: *The Principles of European Contract Law. Part 1: Performance, Non-performance and Remedies.* P. 211; Treitel G.H. *Op. cit.* P. 113.

¹³ Подробнее см.: Larenz K. *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. Dreizehnte Auflage.* München, 1982. S. 469–471.

¹⁴ См., напр.: Витрянский В.В. *Некоторые основные положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации об обязательствах* // Журнал российского права. 2010. № 1.

¹⁵ Schlechtriem P. *Calculation of damages in the event of anticipatory breach under the CISG, 2006* (URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem20.html>). Вместе с тем нельзя не отметить, что применение абстрактного метода также осложнено определенными проблемами. В частности, необходимо корректно определить, что представляет собой рынок соответствующего товара, какая цена наиболее точно отражает рыночные реалии, какой товар может служить адекватным аналогом исполнения по нарушенному договору и т. п.

ства формулы расчета на основе рыночной цены, как разумная объективность, единообразия, простота и предсказуемость¹⁶.

Убытки, рассчитанные абстрактным методом, имеют весьма важные отличия от обычного метода исчисления убытков, который традиционно используется в российском гражданском законодательстве и правоприменительной практике. В частности, одна из наиболее существенных особенностей абстрактных убытков заключается в том, что их причинная связь с нарушением договора если и не отсутствует, то как минимум ослаблена. Действительно, как справедливо указывается в литературе, при применении абстрактного метода речь идет не о том, что было сделано в связи с нарушением договора, а о том, что можно было сделать¹⁷. Исходя из этого, некоторые исследователи делают вывод о том, что широкое использование абстрактного метода исчисления убытков не только не пойдет на пользу нашему правопорядку, но, напротив, ухудшит положение дел.

Так, А.Г. Карапетов приводит целый ряд аргументов в пользу такого вывода.

Во-первых, автор указывает на то, что кредитор вообще может потерять интерес к исполнению по прекращенному договору или заключить договор позже по значительно более выгодной для себя цене и в дополнение к этому взыскать абстрактные убытки. По мнению А.Г. Карапетова, в результате у кредитора может возникнуть неосновательное обогащение, что противоречит еще одной новелле Проекта: формула полного возмещения убытков должна работать так, чтобы кредитор в результате возмещения убытков был поставлен в такое же имущественное положение, в котором он находился бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом — не менее, но и не более того.

Во-вторых, А.Г. Карапетов полагает, что абстрактный метод исчисления убытков стимулирует злоупотребления со стороны кредитора. Поскольку убытки рассчитываются исходя из рыночных цен, действующих на момент прекращения договора, кредитор, имеющий право на расторжение договора, может недобросовестно оттягивать этот момент, выжидая наиболее благоприятной конъюнктуры цен.

Наконец, в-третьих, абстрактный метод, по мнению автора, не способен эффективно выполнять компенсационную функцию, поскольку разница в договорной и рыночной цене, рассчитанная на момент подачи иска, уже не будет отражать рыночные реалии к исходу спора. Кроме того, с точки зрения А.Г. Карапетова, на практике никакой покупатель не будет дожидаться исхода судебного дела, а совершит заменяющую сделку ранее. В итоге А.Г. Карапетов весьма скептически оценивает необходимость расширения сферы применения абстрактного метода¹⁸.

¹⁶ Hunter H. *Modern Law of Contracts. Breach and Remedies*. Boston, New York, 1986. P. 7–37. Подробнее о преимуществах абстрактного метода исчисления убытков см.: Saidov D. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other international instruments*. Oxford and Portland, Oregon, 2008. P. 189–191.

¹⁷ Bridge M.G. *The Market Rule in Damages Assessment // Contract Damages. Domestic and International Perspectives / ed. by D. Saidov, R. Cunnington*. Oxford and Portland, Oregon, 2008. P. 433–434.

¹⁸ Карапетов А.Г. Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // *Вестник гражданского права*. 2009. № 3. Т. 9. С. 176–180.

Оценивая приведенные аргументы, отметим следующее. Оттого что кредитор теряет интерес к получению причитающегося ему по прекращенному договору, не исчезают его убытки, связанные с нарушением. Если рассматривать убытки как объективное условие гражданско-правовой ответственности (как это традиционно делается в российской цивилистической доктрине), то как минимум в момент нарушения договора у кредитора объективно возникает невыгода в виде разницы между договорной ценой и рыночной ценой. Его последующее отношение к этой невыгоде уже не может отменить тот факт, что она имела место. Иначе пришлось бы признать, что если, например, офисное здание сгорело по вине арендатора, а арендодатель впоследствии отказался от идеи строительства нового офисного здания и приобрел земельный участок сельскохозяйственного назначения, то возмещение его ущерба от гибели здания уже не будет выполнять компенсационную функцию. В связи с этим мы приходим к противоположному выводу: применение абстрактного метода исчисления убытков как раз и позволяет воссоздать то имущественное положение, в котором кредитор находился бы в случае надлежащего исполнения обязательства, ибо он получил бы выгоду, обладающую объективной рыночной стоимостью¹⁹.

Более того, на наш взгляд, абстрактный метод исчисления убытков отличается гораздо большей объективностью и определенностью, чем конкретный. Например, при взыскании разницы между ценой нарушенного контракта и ценой заменяющей сделки суд неизбежно будет оценивать разумность заменяющей сделки, что требует учета большого количества субъективных факторов. Если вслед за И.А. Покровским признать, что одним из главных достоинств права (в объективном смысле) является определенность²⁰, то абстрактный метод исчисления убытков значительно больше соответствует этому ориентиру, нежели конкретный способ. Не случайно Ч.Т. Маккормик отмечает, что хотя абстрактный метод представляет собой «грубое правосудие» («rough justice»), он тем не менее является удобным и целесообразным стандартом, позволяющим судам не углубляться в исследование деталей поведения нарушителя²¹. Иными словами, абстрактный метод в значительной степени очищен от субъективных факторов, связанных с конкретными сторонами договора.

Второй аргумент опровергается самим же А.Г. Карапетовым, который отмечает, что названная им проблема решается отчасти с помощью норм о злоупотреблении гражданскими правами (ст. 10 ГК РФ) и о непринятии кредитором разумных мер по уменьшению убытков (ст. 404 ГК РФ), отчасти же привязкой в законе рыночной цены к моменту нарушения, а не расторжения договора²².

Третий аргумент также не выглядит убедительным. Абстрактные убытки представляют собой лишь минимум того, что кредитор может взыскать с неисправного должника. Иными словами, они, подобно неустойке, согласно общему правилу выполняют зачетную функцию. Поэтому кредитор, потери которого не покрываются абстрактными убытками полностью, может довзыскать разницу по общим правилам

¹⁹ Sedgwick T. *Op. cit.* P. 491.

²⁰ Покровский И.А. *Основные проблемы гражданского права*. М., 1998. С. 89.

²¹ MacCormick C.T. *Op. cit.* P. 184–185.

²² Карапетов А.Г. *Указ. соч.* С. 178.

об убытках²³. Но если это так, то введение абстрактного метода в широкое употребление не повредит кредиторам, которые смогут в упрощенном порядке доказывать свои убытки хотя бы в какой-то части. Предположение же А.Г. Карапетова о том, что разумный кредитор не станет дожидаться взыскания абстрактных убытков, опровергается широкой практикой применения соответствующих положений²⁴.

В целом следует отметить, что ослабленное значение такого общего условия гражданско-правовой ответственности, как причинно-следственная связь между нарушением обязательства и абстрактными убытками, отнюдь не подрывает компенсационной направленности этой меры. Утверждение, что причинная связь в данном случае отсутствует, представляется неверным. Более корректно утверждать, что при взыскании абстрактных убытков действует презумпция наличия причинной связи, поэтому юрисдикционный орган даже не исследует ее при разрешении спора²⁵. Но тот же вывод можно сделать и применительно к другой известной мере ответственности — процентам, подлежащим уплате при нарушении денежного обязательства²⁶. Не требуется наличие причинной связи и при взыскании неустойки. Однако эти особенности названных мер ответственности не позволяют отказать им в компенсационной направленности²⁷.

Таким образом, для расширения сферы применения абстрактного метода нет принципиальных препятствий. Напротив, это позволит повысить эффективность такого способа защиты гражданских прав, как взыскание убытков.

Несмотря на весомые преимущества, связанные с использованием абстрактного метода исчисления убытков, нуждаются в детализации условия его применения, которые зачастую определяют его доступность для потерпевшей стороны. Этому и будет посвящено дальнейшее исследование.

Преращение договора как условие для применения абстрактного метода исчисления убытков

Наиболее распространенным примером использования абстрактного метода расчета убытков является взыскание убытков при прекращении договора вследствие его нарушения. Именно на эту ситуацию ориентирована ст. 393.1 Проекта, вводя-

²³ См. п. 3 ст. 393.1 Проекта; п. 2.2. раздела V Концепции.

²⁴ См., напр., практику применения ст. 76 Венской конвенции (URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-cases-76.html>).

²⁵ Отдельно должен быть решен вопрос о возможности опровержения этой презумпции. В английском праве, где впервые был разработан абстрактный метод исчисления убытков, наличие абстрактных убытков может быть опровергнуто исходя из обстоятельств конкретного дела. См.: Bridge M.G. Op. cit. P. 447–449.

²⁶ В вопросе о юридической природе охранительных процентов мы присоединяемся к точке зрения, согласно которой проценты представляют собой разновидность убытков, рассчитанных абстрактным способом. См., напр.: Лавров Д.Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. СПб., 2001. С. 116; Гражданское право: учеб. в 3 т. Т. 1 / под ред. Ю.К. Толстого. М., 2009. С. 672–673 (автор главы — Н.Д. Егоров).

²⁷ Известным исключением является штрафная неустойка, однако это тот случай, когда исключение лишь подтверждает общее правило.

щая абстрактный метод в общие положения о договорной ответственности. Однако в зарубежных правовых порядках и международных актах этот вопрос не находит единодушного решения.

В английском праве абстрактный метод расчета убытков применяется при нарушении договора независимо от того, был ли он прекращен к моменту спора. Так, разница между контрактной и рыночной ценой служит основой для расчета убытков при нарушении договора купли-продажи²⁸. Аналогичным образом данный вопрос решает американское право²⁹.

Иные правила содержатся в Венской конвенции, Принципах УНИДРУА и ПОСС. Прекращение договора является неременным условием для исчисления убытков абстрактным способом, в иных же случаях убытки рассчитываются на общих основаниях³⁰. Вместе с тем нельзя сказать, что такой подход рассматривался как единственно возможный даже на стадии разработки соответствующих положений. Например, в одном из первых проектов Принципов УНИДРУА возможность доказывания убытков путем ссылки на разницу между договорной и рыночной ценой вообще не связывалась с моментом прекращения нарушенного договора. За основу же предлагалось взять рыночную цену, существовавшую на дату добровольного платежа или вынесения судебного решения либо на дату нарушения договора³¹.

В исследованиях по Венской конвенции также отмечается, что привязка абстрактного метода расчета убытков к нарушению договора потенциально опасна тем, что потерпевшая сторона будет недобросовестно оттягивать момент прекращения договора, ожидая наиболее благоприятной для себя конъюнктуры рынка. Эта опасность усугубляется тем, что в отличие, например, от Принципов УНИДРУА (ст. 7.3.2) Венская конвенция не содержит общего правила о том, что право на прекращение нарушенного договора должно быть реализовано потерпевшей стороной в разумный срок³².

Оценивая необходимость такого условия для применения абстрактного метода, как прекращение договора, следует отметить, что потенциал абстрактных убытков эффективно используется и при иных нарушениях договора, не приводящих к его прекращению. Например, в английском праве в случае просрочки в доставке товара убытки обычно составляют разницу между рыночной ценой, существовавшей на дату просроченной поставки, и ценой, действовавшей в момент, когда товар должен был быть предоставлен покупателю в соответствии с условиями контракта³³. Схожим образом решается вопрос и в случае предоставления товара с недо-

²⁸ Пункт 3 ст. 50, п. 3 ст. 51 Закона о купле-продаже товаров (*Sale of Goods Act*) 1979 г.

²⁹ Статьи 2-708, 2-713 Единого торгового кодекса США (далее — *ЕТК*).

³⁰ Подробнее см.: Saidov D. *Op. cit.* P. 197; Zeller B. *Damages under the Convention on Contracts for International Sale of Goods*. New York, 2005. P. 205–206.

³¹ См.: *Draft Rules and Explanatory Report prepared by professor Denis Tallon*. Centre national de la Recherche Scientifique — Institut de Recherches Juridiques Comparatives, Paris-Ivry. Rome, September 1986. P. 9.

³² Saidov D. *Op. cit.* P. 197.

³³ McGregor H. *McGregor on Damages*. Eighteenth ed. London, 2009. P. 33; Stannard J.E. *Delay in the Performance of the Contractual Obligations*. Oxford, 2007. P. 230–231.

статками: убытки рассчитываются путем исчисления разницы между рыночной ценой дефектного товара и рыночной ценой товара надлежащего качества³⁴.

Во многих случаях указанные различия в подходах, возможно, и не столь принципиальны, поскольку сама идея абстрактных убытков преимущественно основана на замене исполнения по нарушенному договору. Иными словами, при взыскании убытков, определенных абстрактным способом, дальнейшее существование нарушенного договора, как правило, исключается. Можно утверждать, что в случае неисполнения договора требование о возмещении абстрактных убытков подразумевает волеизъявление потерпевшей стороны, направленное на прекращение договорных отношений.

Этот подход в известной степени перекликается с п. 2 ст. 396 ГК РФ — возмещение убытков и уплата неустойки при неисполнении обязательства освобождают должника от исполнения обязательства в натуре. Взыскание убытков, определенных абстрактным способом, укладывается в гипотезу приведенной нормы. Таким образом, даже по действующему российскому законодательству договорные отношения должны автоматически прекратиться при получении кредитором компенсации в виде абстрактных убытков. Но в таком случае указание в ст. 393.1 Проекта на прекращение договора представляется излишним. Более того, жесткая привязка к прекращению договора при применении абстрактного метода исчисления убытков может ограничить доступность этого механизма для потерпевшей стороны. В частности, ориентируясь на буквальный смысл ст. 393.1 Проекта, суды могут отказывать во взыскании абстрактных убытков со ссылкой на то, что истец не представил суду доказательств того, что он предварительно прекратил договорные отношения с ответчиком. В случае если потерпевшая сторона вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора (п. 3 ст. 450 ГК РФ), указанный подход судов, скорее всего, не вызовет серьезных осложнений у контрагентов, чьи права по договору были нарушены: достаточно представить суду доказательства того, что потерпевшая сторона известила нарушившую сторону о своем отказе от исполнения договора. Однако кредитор не всегда располагает правом на односторонний отказ. Если такая возможность прямо не закреплена ни законом, ни соглашением сторон, договорные отношения при наличии возражений нарушившей стороны должны прекращаться в судебном порядке (п. 2 ст. 450 ГК РФ). Это, несомненно, снижает привлекательность абстрактного метода исчисления убытков. Более того, привязка к прекращению договора чревата упомянутым выше риском, что потерпевшая сторона будет манипулировать моментом прекращения договора и извлечет из этого дополнительную выгоду в противоречии с компенсационной направленностью убытков. Наконец, представляется целесообразным использовать абстрактный метод не только при отсутствии исполнения, но и при ненадлежащем исполнении договора (просрочке, предоставлении предмета договора с недостатками и т. п.). Здесь может оказаться полезным подход английского права к расчету убытков в подобных ситуациях.

Таким образом, при закреплении абстрактного метода исчисления убытков в общих положениях об ответственности за нарушение обязательств целесообразно

³⁴ *McGregor. Op. cit. P. 33–34; Bridge M. G. The Market Rule in Damages Assessment. P. 449–454; Beale H. Remedies for Breach of Contract. London, 1980. P. 196.*

сделать привязку не к прекращению договора, а к нарушению договорного обязательства. При этом следует иметь в виду, что в зависимости от разновидности нарушения (неисполнение или ненадлежащее исполнение) взыскание абстрактных убытков само по себе может привести к освобождению должника от исполнения обязательства в натуре и, как следствие, к прекращению договорных отношений.

Время расчета текущей (рыночной) цены

Один из наиболее проблемных вопросов, связанных с применением абстрактного метода исчисления убытков, заключается в том, на какой момент необходимо ориентироваться при определении текущей или рыночной цены. В Проекте предлагается взять за основу цены, действующие в момент прекращения договора. Но, как показано выше, такой подход в целом представляется непродуктивным. Какой же момент является оптимальным ориентиром? Учитывая исходную посылку, мы сосредоточимся на анализе тех вариантов, которые непосредственно не связаны с прекращением договора.

В американском праве наиболее наглядно этот вопрос решается в случае нарушения договора купли-продажи. Если договор нарушил покупатель (т. е. не оплатил товар), рыночная цена определяется на момент предложения товара продавцом (*time for tender*, ст. 2-708 (1) ЕТК). При нарушении же со стороны продавца рыночная цена вычисляется на тот момент, когда товар должен был быть предоставлен покупателю (ст. 2-713 (1) ЕТК). На первый взгляд эти правила имеют общее обоснование: абстрактный метод исчисления убытков привязан к моменту, когда потерпевшая сторона узнала о нарушении договора. Действительно, покупатель узнает о нарушении в тот момент, когда в условленный срок он не получает товар. Продавец в большинстве случаев также узнает о нарушении в тот момент, когда покупатель отказывается принять надлежащее исполнение. Однако, как отмечается в литературе, так бывает не всегда. Например, покупатель может принять товар и впоследствии неправомерно от него отказаться³⁵. Кроме того, даже сама по себе привязка к моменту, когда потерпевшая сторона узнала о нарушении договора, не всегда приводит к результату, являющемуся основной целью возмещения убытков: поставить кредитора в такое положение, в котором он находился бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом. Так, даже если кредитор узнал о нарушении договора, он может не иметь возможности немедленно приобрести товар на рынке. Следовательно, цена, которая действовала в тот момент, может не отражать объективных потерь кредитора.

В английском договорном праве отправной точкой является момент нарушения договора³⁶. Поскольку на потерпевшей стороне лежит общая обязанность принять меры, направленные на уменьшение убытков, любые убытки, связанные с колебанием рыночных цен после нарушения договора, рассматриваются как результат уже не самого нарушения, а невыполнения указанной обязанности потерпевшей стороны. Между тем даже сторонники такого подхода оговаривают, что обязанность по уменьшению убытков заключается в принятии потерпевшей стороной разумных

³⁵ Treitel G.H. *Op. cit.* P. 120.

³⁶ См., напр., п. 3 ст. 50, п. 3 ст. 51 Закона о купле-продаже товаров (*Sale of Goods Act*) 1979 г.

мер. На практике это выливается в то, что у кредитора есть разумный срок для принятия таких мер (обычно его продолжительность составляет порядка десяти дней), окончание которого и служит ориентиром для определения рыночной цены³⁷.

Но даже и эта норма знает ряд существенных исключений. Начнем с того, что в определенных случаях потерпевшей стороне недоступна возможность приобретения рыночного аналога предмета нарушенного договора. Например, при растущем рынке предложения приобретение товара по рыночной цене может быть финансово обременительным для кредитора. В такой ситуации английские суды допускают возможность определения убытков на основе рыночных цен, действующих на момент вынесения решения. Далее, потерпевшая сторона может добросовестно ожидать исполнения по нарушенному договору, полагаясь на заверения неисправного контрагента в том, что он в конечном счете исполнит договор. В этом случае рыночная цена будет определяться на тот момент, когда окончательно выяснилось, что договор не будет исполнен.

Наконец, особым образом определяется рыночная цена в случае предвидимого нарушения договора (*anticipatory breach of contract*). Специфика этой ситуации заключается в том, что еще до наступления срока исполнения договора должник уведомляет кредитора, что договор не будет исполнен. При этом отправной точкой для применения абстрактного метода исчисления убытков будет рыночная цена, существующая на момент наступления срока исполнения. Если же срок исполнения не определен, то за основу берется рыночная цена, действовавшая по истечении разумного срока после того, как должник уведомил кредитора о том, что договор не будет исполнен³⁸.

Таким образом, общий подход английского договорного права можно определить следующим образом: при абстрактном методе исчисления убытков за основу берется рыночная цена, действовавшая в тот момент, когда от стороны можно было разумно ожидать принятия мер во избежание отрицательных имущественных последствий нарушения договора³⁹.

Во французском праве, как отмечалось выше, абстрактный метод не получил непосредственного закрепления в законодательстве, поэтому законом не определен и момент исчисления рыночной цены. Правоприменительная же практика при определении адекватной рыночной цены в целом ориентируется на момент вынесения судебного решения⁴⁰.

Два последних подхода имеют точки соприкосновения с действующим российским законодательством. Например, согласно ст. 404 ГК РФ суд вправе уменьшить

³⁷ См., напр.: Treitel G.H. *Op. cit.* P. 116–117.

³⁸ Строго говоря, в законодательстве взяты за основу цены, которые действовали в момент заявления должником кредитором о неисполнении договора (п. 3 ст. 50 и п. 3 ст. 51 Закона о купле-продаже товаров (*Sale of Goods Act*) 1979 г.). Однако на практике от кредитора требуется принятие разумных мер по уменьшению убытков, поэтому истечение разумного срока и служит, как правило, моментом определения рыночной цены. См.: Treitel G.H. *Op. cit.* P. 118.

³⁹ Treitel G.H. *Op. cit.* P. 118; Burrows A. *Op. cit.* P. 98.

⁴⁰ Mazeaud H.L.J., Chabas F. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 6 ed. V. III 1. Paris, 1978. P. 798–799.

размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению. Иными словами, обязанность принять разумные меры по уменьшению убытков возлагается на кредитора и в отечественном праве. Если вслед за английскими правоведами признать, что абстрактный метод исчисления убытков должен рассматриваться как одно из проявлений указанной обязанности, то при определении рыночной цены вполне можно ориентироваться на ближайший к нарушению договора момент, когда у кредитора была реальная возможность получить исполнение по рыночной цене. В то же время следует упомянуть, что суд, исходя из обстоятельств, может удовлетворить требование о возмещении убытков, принимая во внимание цены, существующие в день вынесения решения (п. 3 ст. 393 ГК РФ). Это позволяет при формулировании российских правил об абстрактном методе исчисления убытков взять за основу английский принцип, который в зависимости от ситуации может корректироваться положениями п. 3 ст. 393 ГК РФ.

Соотношение абстрактного и конкретного методов исчисления убытков

Во многих случаях нарушения договора кредитору доступен как абстрактный, так и конкретный способ исчисления убытков. В связи с этим необходимо определить соотношение и приоритетность применения этих способов. В источниках можно выделить три подхода к решению указанной проблемы.

Кредитору может быть предоставлено право выбора того или иного варианта защиты своих прав. Например, в американском праве потерпевшая сторона по своему усмотрению может либо совершить заменяющую сделку и взыскать конкретные убытки, либо не совершать ее и взыскать абстрактные убытки⁴¹.

Английский суд при взыскании убытков в первую очередь ориентируется на рыночную цену, т. е. применяет абстрактный метод. В случае если потерпевшая сторона фактически совершила заменяющую сделку, это не учитывается⁴². Однако и этот подход знает исключения. В частности, размер убытков может быть скорректирован в том случае, если отсутствует какое-либо из условий для применения абстрактного метода. При применении абстрактного метода также учитываются те выгоды, которые кредитор должен был извлечь в результате принятия обычных мер по уменьшению убытков⁴³. Практически это может произойти следующим образом. Представим себе, что покупатель должен получить от продавца партию алюминия по цене 1500 долл. за тонну. В срок, указанный в договоре, покупатель не получает товар. На рынке в этот момент цена алюминия составляет 2000 долл. за тонну. Соответственно размер убытков покупателя, рассчитанных абстрактным методом, со-

⁴¹ См. ст. 2-706, 2-708, 2-712, 2-713 ЕТК.

⁴² Bridge M.G. *The International Sale of Goods. Law and Practice*. Oxford, New York, 1999. P. 337–338.

⁴³ Corbin A.L. *Corbin On contracts. Damages. Vol. 11. Interim ed. Newark, San Francisco, 2002. P. 203–206. См. также: British Westinghouse Electric and Manufacturing Co v. Underground Electric railway Co of London Ltd. [1912] AC 673 (HL).*

ставит 500 долл. за каждую тонну товара. Однако покупатель получает предложение о продаже нужной ему партии металла по цене 1700 долл. Если это предложение будет принято, размер убытков покупателя будет уменьшен на 300 долл. и составит лишь 200 долл. *De facto* такой подход весьма близок к конкретному методу исчисления убытков, хотя напрямую это английским правом не предусмотрено.

Наконец, еще один подход представлен, в частности, в Венской конвенции (ст. 75, 76), Принципах УНИДРУА (ст. 7.4.5, 7.4.6)⁴⁴, ПОСС (ст. III.-3:706, III-3:707). Он сводится к тому, что абстрактный метод применяется только в том случае, если кредитор *не заключил* заменяющей сделки. Иными словами, приоритетное значение имеет конкретный метод исчисления убытков, а абстрактный метод применяется субсидиарно. Этот подход закреплен и в проекте ст. 393.1 ГК РФ. Практически он может выражаться в следующем. Предположим, что покупатель договорился о приобретении партии зерна на общую сумму 5 000 000 евро. В связи с нарушением договора продавцом покупатель приобрел товар по цене 6 000 000 евро (разница — 1 000 000 евро), в то время как рыночная цена товара на тот момент составляла 7 000 000 евро (разница — 2 000 000 евро). В таком случае покупатель сможет требовать возмещения убытков лишь в сумме 1 000 000 евро, невзирая на разницу с рыночной ценой. Этот подход представляется логичным с точки зрения общего принципа полного возмещения убытков. А именно в результате возмещения убытков кредитор не должен извлекать выгоду из нарушения договора и оказываться в более выгодном положении, нежели то, в котором он пребывал бы в случае надлежащего исполнения договора. В пользу приоритета конкретного метода исчисления убытков говорит и современная практика коммерческого оборота⁴⁵.

Однако при использовании любого из рассмотренных подходов нерешенным остается вопрос о том, есть ли у потерпевшей стороны право выбора совершать заменяющую сделку при условии, что она может быть заключена по цене более выгодной, чем рыночная. Отвечая на этот вопрос, необходимо учитывать, что практически во всех приведенных выше источниках установлена общая обязанность потерпевшей стороны принять меры по уменьшению убытков. В данном случае потерпевшей стороне доступны не просто разумные меры по уменьшению убытков, а необычайно выгодная возможность. Можно ли истолковать несовершенство такой заменяющей сделки как нарушение указанной обязанности и соответственно скорректировать размер абстрактных убытков?

С одной стороны, как отмечалось выше, сам по себе абстрактный метод исчисления убытков основан на предположении о том, что потерпевшей стороне доступна такая разумная мера по уменьшению убытков, как получение исполнения по рыночной цене. Иными словами, абстрактные убытки уже представляют собой пред-

⁴⁴ См., напр.: *11-1996 Arbitral award ICC International Court of Arbitration (No. 8502) // The UNIDROIT Principles in Practice / ed. by M.J. Bonell. New York, 2002. P. 445–448.*

⁴⁵ См., напр., *it. 28 GAFTA contract No. 100: Contract for Shipment of Feedingstuffs in Bulk Tale Quale – CIF Terms* (URL: <http://stpshipping.com/F668707A-41E6-4485-ADB4-590072FAF9EA/FinalDownload/DownloadId-E425ACE88E1BDF841E239E91E7EEA8AF/F668707A-41E6-4485-ADB4-590072FAF9EA/Documents/GAFTA100%20-%20CIF%20terms.pdf>). В указанной форме контракта GAFTA на оптовую поставку кормовых продуктов предусмотрено, что по общему правилу потерпевшая сторона после предварительного письменного извещения нарушившей стороны может продать или купить (в зависимости от того, в чем заключается нарушение договора) количество товара, предусмотренное договором, и взыскать с нарушителя разницу между контрактной ценой и ценой заменяющей сделки.

полагаемый результат уменьшения. С другой стороны, возмещение убытков во всех случаях должно быть подчинено общему принципу недопустимости обогащения потерпевшей стороны. В исследованиях, посвященных этой проблеме, предлагается следующее решение. Убытки, рассчитанные абстрактным методом, должны быть ограничены в тех случаях, когда *очевидно*, что это может привести к обогащению кредитора⁴⁶. Такой подход заслуживает поддержки. Положения российского законодательства и Проекта позволяют его реализовать, но с несколькими оговорками.

Во-первых, бремя доказывания того, что у кредитора была возможность уменьшения убытков, выходящая за пределы обычных разумных мер, несомненно, должно возлагаться на должника. Ведь именно он заинтересован в снижении размера своей ответственности за нарушение договора. При этом суд должен оценить, насколько в действительности кредитору были доступны такие экстраординарные меры. Доказательства того, что такая возможность у должника была, сами по себе еще не свидетельствуют о том, что ею располагал и кредитор.

Во-вторых, нуждается в корректировке положение п. 1 ст. 404 ГК РФ, предусматривающее, что суд, установив непринятие кредитором разумных мер по уменьшению убытков, *может*, но не обязан уменьшить их размер. Учитывая, что непринятие таких мер свидетельствует о недобросовестном поведении кредитора, суд в любом случае не должен санкционировать такую недобросовестность. Внесение изменений в ст. 404 ГК РФ тем более оправданно, что соответствующим образом меняется и ст. 10 ГК РФ⁴⁷.

Заключение

Итак, проведенное исследование позволяет сформулировать следующие выводы:

- 1) закрепление абстрактного метода исчисления убытков в общих положениях ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств позволит повысить эффективность такой меры защиты;
- 2) применение абстрактного метода должно быть связано не с прекращением договора, а с его нарушением;
- 3) текущая (рыночная) цена, используемая для расчета абстрактных убытков, должна определяться на момент нарушения договора;
- 4) абстрактный метод исчисления убытков должен использоваться субсидиарно в тех случаях, когда кредитор не заключил заменяющую сделку. В то же время сумма абстрактных убытков должна быть снижена в тех случаях, когда должник докажет, что кредитор мог совершить заменяющую сделку по цене более выгодной, чем рыночная.

⁴⁶ Saidov D. *Op. cit.* P. 195.

⁴⁷ Действующая редакция ст. 10 ГК РФ предполагает, что суд может отказать в защите права, констатируя злоупотребление правом. Согласно новой редакции ст. 10, приведенной в Проекте, при наличии злоупотребления правом суд должен отказать в защите такого права полностью или частично, а также применить иные меры, предусмотренные законом.